

## ICMS – ENERGIA ELÉTRICA – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Iran José de Chaves\*

Os operadores do direito – em particular aqueles que atuam no âmbito tributário – têm sido surpreendidos com manifestações da Presidência do Supremo Tribunal Federal que, alegando a diminuição da receita estadual e o efeito multiplicador de demandas judiciais, vem suspendendo as execuções de acórdãos dos Tribunais de Justiça<sup>1</sup> que, fundamentados no princípio constitucional da seletividade baseada na essencialidade do produto, determinaram que a alíquota do ICMS, relativa à energia elétrica, não poderia ser aquela destinada a tributar os produtos supérfluos (25%) e sim a alíquota atribuída aos produtos essenciais.

Sem demérito da acuidade e zelo profissional dos ilustres signatários dos despachos que suspenderam a eficácia das decisões dos Tribunais, com eles não podemos concordar, tendo em vista os seguintes argumentos:

A uma, porque a diminuição da receita estadual não se constitui em fundamento jurídico capaz de justificar o advento do despacho suspensivo, justamente por lhe faltar substrato jurídico capaz de alcançar os efeitos almejados, notadamente quando não há nenhuma informação consistente nessa direção.

A duas, porque é de sabença – *e por isso dispensa maiores delongas* – que nem todos os valores recolhidos, a título de imposto sobre energia elétrica, constituem receita líquida dos estados.

\* Advogado especialista em Direito Tributário.

1 Tribunal de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e do Amazonas.

Não há ignorar que o poder tributante, em épocas de crise, costuma acenar a classe contributiva com saco de bondades, estampadas com benefícios fiscais direcionados a diversos segmentos. Surgem diferimentos, dilatação de prazos de pagamento, reduções de base de cálculo e muitas outras formas de “bondades” federais e estaduais, destinadas a injetar recursos financeiros para estimular a economia.

A contradição causa perplexidade e visível desassossego. Se por um lado o Estado onera sobremaneira a classe contributiva, a ela impondo a obrigação de resgatar créditos sabidamente inconstitucionais, de outro acena com a outorga de benefícios fiscais, como se intenção tivesse de manter a produção sob o seu ostensivo comando, não importando os meios e as formas. Certamente seria mais racional, apenas fazer cumprir a Constituição e as normas infraconstitucionais, que tão bem delineiam o fato gerador e a imposição fiscal de cada uma das operações tributárias, como sói ser a cobrança de ICMS incidente sobre produtos essenciais.

A correta – *constitucional* – cobrança de ICMS sobre a energia elétrica certamente beneficiará não apenas o comércio e a indústria como também os demais segmentos da cadeia produtiva, pois colocará à disposição dos empresários capital de giro próprio para projetar maior investimento, cujo resultado será o inevitável aquecimento da produção com reflexo direto no oferecimento de empregos. Não existe mercado aquecido com carga tributária elevada. Essa é uma máxima que não se pode perder de vista.

Beneficia o turismo através de diminuição dos custos de hotéis, restaurantes e muitos outros setores afins. Desonera as pequenas e médias empresas comerciais e/ou prestadoras de serviços; favorece as famílias na compra do gás, do pão, do material escolar. Por ser essencialíssima, a redução do valor da energia elétrica traz benefícios gerais também à saúde, ao ensino, alcançando todos os demais setores sociais, sem distinção alguma.

Diante dessas considerações, não há tergiversar – *ao contrário das manifestações da Presidência do STF expressa nas suspensões de segurança* – que a receita proveniente da correta tributação da energia elétrica traz benefício significativo a toda a sociedade e não apenas a um ou a outro segmento. Trata-se de um atendimento básico à sociedade como um todo!

Se nos afigura um arrematado absurdo imaginar que o prosseguimento na execução dos acórdãos, que reconheceram a inconstitucionalidade da alíquota de 25%, incidente sobre o consumo de energia elétrica, possa levar ao comprometimento dos serviços públicos pela diminuição da receita. Esse argumento, despido de qualquer consistência jurídica, deve ser medido com critérios mais objetivos. Meras conjecturas desprovidas de provas não se apresentam suficientes a justificar a inexecução das ordens judiciais dos Tribunais, que reconheceram a inconstitucionalidade do procedimento vergastado.

Quem não lembra do embate havido em torno da exigência e manutenção da CPMF. Alardeava-se, aos quatro cantos, que o fim da CPMF provocaria a falência do sistema de saúde. Extinguiu-se a CPMF e a saúde continua com a mesma qualidade que sempre teve. Cada vez que se discute o aumento do salário-mínimo se ameaça com a falência do sistema previdenciário. Institui-se o novo salário e o sistema previdenciário continua exatamente como sempre esteve. Inoperante e claudicante, mas atendendo aos beneficiários.

Portanto, é assaz preocupante que se institucionalize o critério de suspender decisões judiciais em virtude de questões de arrecadação. Se esse procedimento – *sem caráter jurídico algum* – for adotado como regra, aí sim ocorrerá o efeito multiplicativo de estados e municípios pleitearem suspensão de decisões, justamente ao argumento de que o cancelamento de tributos legais ou ilegais causará rombos em suas finanças, com o inevitável comprometimento no resgate de seus compromissos.

E mais: É de se imaginar o transtorno e a insegurança jurídica se esse mesmo critério – *preocupação com a redução de receita* – doravante fosse adotado pelos tribunais administrativos e pelos conselhos de contribuintes dos demais estados. A objetividade da justiça tributária estaria, deveras, comprometida.

Haveria evidente subversão da norma constitucional expressa e, com ela, a destruição do Estado de Direito, uma vez que os órgãos julgadores – *judiciais ou administrativos* – somente se ocupariam em julgar questões de pequenas ou nenhuma repercussão social. As grandes questões estariam protegidas pelo alegado e possível prejuízo da União, dos Estados ou municípios.

É evidente que não passa despercebido a este signatário que somente o STF tem poderes para julgar com tal critério. Entretanto, aberto o precedente, diminuem as garantias de que não se alargará a abertura da porta.

A segurança jurídica não tem preço. É vital para a convivência harmoniosa da nação. Não basta que o Executivo afirme que a receita é importante para que a força da economia do dinheiro vença a força do direito. Não se pode abrir a porta para quaisquer exageros do Executivo. O poder da força não pode se sobrepor à força do direito e da Constituição. O STF é o guardião da Constituição e não o responsável pelas finanças públicas, especialmente as arrecadadas ao arrepio da Constituição.

Um outro argumento, utilizado para justificar a suspensão dos efeitos das decisões dos tribunais de justiça, consiste na preocupação do efeito multiplicador das demandas. A Suprema Corte vê o cumprimento de uma decisão judicial como incentivo que deve ser evitado em favor de um bem maior.

Ora, temer o efeito multiplicador é decretar a falência não do judiciário mas da própria justiça. É admitir que a justiça é um bem limitado que só pode ser distribuído a poucos. Pensar assim e interpretar a Constituição Federal dessa forma é o mesmo que decretar a falência do estado de direito e do princípio fundamental de que todos são iguais perante a lei.

O fato de muitos ou todos virem pleitear o mesmo direito se constitui na prova viva de que há consenso de que a causa é justa e, portanto, deve ser estendida a todos quantos se encontrarem em igual condição. Ao judiciário, se necessário for, fica o encargo de editar súmula vinculante, colocando termo a eventual controvérsia, e aos Estados federados a obrigação de resolver de imediato a questão, enquadrando suas legislações aos princípios constitucionais da vigente Carta Política Federal.

Pensar de forma diferente será o mesmo que incentivar o efeito multiplicador de forma transversa. Doravante será o executivo, em todos os seus níveis – *União, Estados e Municípios* –, que recorrerá ao STF para pleitear a sustação de decisões que, a seu critério, estarão prejudicando a manutenção e o aumento das receitas públicas.

A constituição passaria a ter preço. A partir de quantos milhões de sua receita os poderes executivos teriam direito de ver suspensas as decisões que lhes fossem desfavoráveis? Em verdade, a inconstitucionalidade passaria a ser um bem útil para os poderes executivos.

Para Ives G. Silva Martins<sup>2</sup>, dois são os princípios que regem o direito tributário brasileiro: o da legalidade e o da “ilegalidade eficaz”. É exatamente à luz da “ilegalidade eficaz” que a cobrança da contribuição, ao arrepio da lei e da Constituição, tornou-se “receita tributária” assegurada. Ao princípio da “ilegalidade eficaz” acresceu-se o da “imoralidade

2 Artigo publicado na Folha de São Paulo do dia 27 de julho de 2008.

eficaz”, pois não é ético o Fisco ficar com recursos a que, decididamente, não teria direito.

Portanto, não há afastar-se do princípio da legalidade, pois ele é e continua sendo o esteio das liberdades. Os fins não justificam os meios. Qualquer precedente nesse sentido é um grave perigo para o regime democrático. Impõe-se, em tudo e por tudo, que continuemos vigilantes para evitar, através de um bom combate, o atropelo às normas constitucionais.

Cabe ao ministro da Fazenda e aos Secretários de Fazenda ou a quem suas vezes fizer a administração das finanças e de seus problemas correlatos, e, ao Judiciário, a interpretação e o regramento da norma que deve ser subjugada a classe contributiva, mesmo porque a constitucionalidade de um ato ou norma não se mede por milhares nem por milhões.

## CONCLUSÃO

Diante dessas considerações e outras que certamente serão colocadas para aprimorar o debate em torno do assunto, urge que se denuncie e se levanten vozes em desfavor do procedimento vergastado, sob pena de se institucionalizar o critério de repercussão econômica, cuja consequência será a constatação inaceitável de que quanto mais grave a inconstitucionalidade maior a probabilidade de ser tolerada e protegida.

Por outro tanto, não há admitir a prevalência do “feito multiplicador”, não apenas por se tratar de critério altamente subjetivo, mas, principalmente, por permitir que quanto maior for o número de cidadãos atingidos e interessados menor será a probabilidade de seus direitos serem defendidos e assegurados, procedimento que repugna ao direito e à justiça.